



CREACIÓN DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE LAS CUENTAS PÚBLICAS

II Jornada técnica sobre Estabilidad Presupuestaria en Universidades

Universidad Carlos III, abril 2013

Ana Caro, Coordinadora de Proyectos de la Universidad Autónoma de Madrid

COYUNTURA 1

- ❖ Ante la coyuntura económica y política del Estado el legislador se centra en el intento de dotar de transparencia al sector público y en garantizar la confianza en la veracidad de la información de las entidades públicas.
- ❖ Para ello se proyectan, como destacables a los efectos que nos ocupan, la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y la Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal

COYUNTURA 2

❖ De hecho, la necesidad de reafirmarse en esa idea inicial, otorga un título determinado a la ley que alberga el precepto que hoy estudiamos: Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

LEY DE TRANSPARENCIA 1

❖ El estado de tramitación de la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno es el siguiente: Proyecto publicado en el BOCG el 7 de septiembre de 2012, en Comisión Constitucional, fase de enmiendas. Durante los meses de marzo y abril se están produciendo comparecencias de expertos –y responsables- en materia de transparencias: Presidente del Tribunal de Cuentas, representante del Foro por la Transparencia, representante de la RADA, miembro de la Coalición Pro Acceso, Presidenta de la Asociación de Archiveros en la Función Pública, profesores universitarios como Tomás Ramón Fernández, Emilio Guichot y Manuel Sánchez de Diego y Fernández de la Riva, Presidenta de APRI, (...)

LEY DE TRANSPARENCIA 2

- ❖ La LTAIBG tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento
- ❖ Y se aplicará, entre otras, a las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas.

LEY DE TRANSPARENCIA 3

- ❖ Artículo 26. Infracciones disciplinarias. 1. Son infracciones muy graves: c) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.
- d) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.
- e) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido.
- f) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.

LEY DE TRANSPARENCIA 4

❖ Artículo 27. Sanciones (...)

2. Por la comisión de las infracciones reguladas en el artículo 25 y las infracciones graves y muy graves reguladas en el artículo 26 se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:

- a) La declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».
- b) La destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos.
- c) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la pensión indemnizatoria creada por el artículo 10 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 1981.
- d) La inhabilitación para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 22 durante un periodo de entre 5 y 10 años.

ARTÍCULO ÚNICO. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA
10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

DOCE. SE AÑADE EL ARTÍCULO 433 BIS

- ❖ «1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.
- ❖ 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.
- ❖ 3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.»

UN ANTECEDENTE EN EL ÁMBITO PRIVADO: FALSEAMIENTO
DE LAS CUENTAS ANUALES O DE OTROS DOCUMENTOS QUE
DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE
LA ENTIDAD (1)

❖ El Art. 290 del Código Penal regula, como parte de los delitos societarios, el falseamiento de cuentas: *Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.*

UN ANTECEDENTE EN EL ÁMBITO PRIVADO: FALSEAMIENTO
DE LAS CUENTAS ANUALES O DE OTROS DOCUMENTOS QUE
DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE
LA ENTIDAD (2)

❖ El bien jurídico protegido es la transparencia jurídico-contable o imagen fiel de la sociedad, objetivo último de las Cuentas Anuales, en suma, *el honor contable*, su buen nombre, crédito y fiabilidad, la veracidad de la información contable y social considerado como su activo empresarial más importante. (STS 1217/2004)

UN ANTECEDENTE EN EL ÁMBITO PRIVADO: FALSEAMIENTO
DE LAS CUENTAS ANUALES O DE OTROS DOCUMENTOS QUE
DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE
LA ENTIDAD (3)

❖ Tribunal Supremo: *“la sistemática distorsión de la información constituye una seria amenaza para la confianza en el sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias” (S 867/2000) , “el bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor, no es el privativo de persona alguna, ni tampoco el modo inmediato al menos, el Estado, sino la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba” (S de 29 de julio de 2002)...¿Y ante ese mismo delito en el ámbito público?...*

UN ANTECEDENTE EN EL ÁMBITO PRIVADO: FALSEAMIENTO
DE LAS CUENTAS ANUALES O DE OTROS DOCUMENTOS QUE
DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE
LA ENTIDAD (4)

❖ Elementos del delito

A) la acción: falseamiento de cuentas y otros documentos: concepto amplísimo, dificultades de interpretación (Art. 26 CP) (STS 865/2005)

B) acción idónea: el tipo básico no requiere perjuicio económico, sólo “que sea idóneo para causarlo”, pero con vocación económica; si existe perjuicio económico tipo agravado

C) se relaciona con las falsedades documentales y conductas falsarias (Consulta 15/1997 Fiscalía General del Estado y STS 1217/2004). Tanto conductas positivas como ocultación u omisión de datos. También conductas falsarias de falsedad ideológica cometidas por particulares (STS 1318/2000). La falsedad deberá ser idónea para causar un perjuicio.

UN ANTECEDENTE EN EL ÁMBITO PRIVADO: FALSEAMIENTO
DE LAS CUENTAS ANUALES O DE OTROS DOCUMENTOS QUE
DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE
LA ENTIDAD (5)

- ❖ El objeto material sobre el que debe recaer el delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un “numerus apertus” en el que sólo se singularizan las cuentas anuales, pero también se incluiría en “demás documentos”: los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances de cotización en Bolsa, los que deben presentar al Banco de España, y todos los destinados a hacer pública –dar una imagen- la situación económica o jurídica de una entidad... (STS 1458/2003)

UN ANTECEDENTE EN EL ÁMBITO PRIVADO: FALSEAMIENTO
DE LAS CUENTAS ANUALES O DE OTROS DOCUMENTOS QUE
DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE
LA ENTIDAD (6)

- ❖ El perjuicio: debe ser conectado con el ilícito objeto de previa condena, de manera que se interpretase la finalidad del falseamiento de las cuentas o documentos como medio para ocultar, por ejemplo, un beneficio, como lo sería las apropiaciones de dinero...(STS 554/2003)
- ❖ La intencionalidad ha de considerarse razonable: la determinación de la intención exige actuar a través de una inferencia, habida cuenta que se trata de un elemento interno de la conciencia al que no es posible acceder, ordinariamente, a través de prueba directa (STS 1339/2002)

UN ANTECEDENTE EN EL ÁMBITO PRIVADO: FALSEAMIENTO
DE LAS CUENTAS ANUALES O DE OTROS DOCUMENTOS QUE
DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE
LA ENTIDAD (7)

❖ Sujetos del delito

El administrador de hecho o de derecho y los socios que se aprovechan de sus cargos (STS 26/01/2007, establece los conceptos de forma extensiva) Sin la cualificación del sujeto activo como administrador societario no existe el delito societario, extendiéndose el concepto de administrador a toda aquella persona que pertenece a la jerarquía típica societaria y que ejerce un dominio sobre la actividad societaria (función típica, conexión con la administración societaria, poder o influencia dentro de la sociedad). El que dirige, tiene capacidad de gestión o administración, el que representa externamente y los que simplemente gobiernan o impulsan el comportamiento de la persona moral (SSTS 20/09/1991, 21/11/1991 y 20/11/1993). El consejo rector, el presidente del consejo de administración o de la junta general, el secretario del consejo o de la junta, el socio único, los patronos de la fundación, los liquidadores, interventores...y los altos directivos y gerentes

UN ANTECEDENTE EN EL ÁMBITO PRIVADO: FALSEAMIENTO
DE LAS CUENTAS ANUALES O DE OTROS DOCUMENTOS QUE
DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE
LA ENTIDAD (8)

- ❖ Tribunal Supremo, S 552/2005, *“El tipo del Art. 290 es un delito especial de propia mano realizable únicamente por los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad, si bien en esta clase de ilícitos es perfectamente posible la participación delictiva del “extraneus” a título de inductor, cooperador necesario o cómplice (...)”* En los delitos contra la administración pública, respecto a los delitos especiales donde el sujeto activo es funcionario o servidor público, al cual se le denomina en doctrina como “Intraneus”, tenemos que para la comisión de un delito, como por ejemplo el que nos ocupa, puede darse la figura del llamado “Extraneus”...”facilite a terceros información mendaz” ...
- ❖ Cómplices, inductores y cooperadores necesarios (STS 02/11/2004)

ARTÍCULO 433 BIS (1)

- ❖ *¿Estamos ante un tipo de falsedad?*
- ❖ *¿toda falsedad es mala gestión de fondos públicos? ¿es una falsedad la mala gestión de fondos públicos?*
- ❖ *¿Quizás hubiera bastado con ampliar el supuesto si es que lo que se pretendía era castigar el falseamiento contable en el ámbito público?*

ARTÍCULO 433 BIS (2)

Apoyándonos en los argumentos del Consejo General del Poder Judicial

- ❖ Se debería sancionar la realización de gastos sin habilitación presupuestaria o el gasto una vez agotado el crédito disponible, pero no extender a las entidades públicas el delito de falseamiento contable
- ❖ Para castigar sólo el falseamiento contable en el ámbito público se podría haber ampliado el supuesto
- ❖ La pena que lleva asociada este nuevo delito (inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 10 años y multa de 12 a 24 meses) es menor que la que deriva de la conducta general de falsedad documental (Art. 390: prisión de 3 a 6 años, multa de 6 a 24 meses e inhabilitación especial por el tiempo de 2 a 6 años)

ARTÍCULO 433 BIS (3)

❖ Algunas reflexiones (1)

¿Se debe defender que la mala gestión –no sustracción- de fondos públicos merece reproche penal?

Si es así, y evidenciamos que no es un tipo de malversación, nos encontraremos ante una administración desleal *de fondos públicos*, entendido como un delito societario más (disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, Art. 295 CP). Incluso algunos autores lo incardinan en el Art. 436 CP, aunque se limite a la contratación pública y a la liquidación de efectos o haberes públicos

Pero desde luego también se pone en solfa la precariedad y falta de efectividad de los mecanismos administrativos (control interno, Tcu, TCuCCAA...)

ARTÍCULO 433 BIS (4)

❖ Algunas reflexiones (2)

- ❖ ¿Se pretende mejorar la eficacia de los mecanismos de control de los ingresos y gastos públicos, combatir el fraude en los fondos públicos? ¿o estamos sólo ante un interés recaudatorio? ¿con la tipificación de este nuevo delito se consigue más transparencia en el sector público y/o se fortalece al confianza en las instituciones públicas?

ARTÍCULO 433 BIS (5)

❖ **ANÁLISIS (1)** Este delito se sitúa en los delitos contra la Administración Pública, delitos de malversación de caudales públicos

Elementos típicos: proteger el principio de exigencia a las entidades públicas de que den una imagen fiel de su situación financiera; cometido por autoridad o funcionario público –personas que participan de hecho en el ejercicio de funciones públicas-; falsear la contabilidad, los documentos o la información relevante desde un punto de vista económico y/o facilitar a terceros la información o los documentos mendaces (nos sirve el análisis sobre “documento” y “falseamiento”); deberá existir una relación de imputación; el perjuicio económico no exige enriquecimiento ilícito para el sujeto; cometido de forma dolosa –no imprudente-; diferenciación entre peligro y perjuicio producido

ARTÍCULO 433 BIS (6)

❖ ANÁLISIS (2)

- ❖ Se puede dar la relación con otros tipos delictivos como la falsedad documental –traemos el análisis del delito privado–: la relación entre el 390 y el 433bis da lugar al concurso de normas, el primero de aplicación preferente contenida en el propio precepto, el segundo de aplicación preferente en cuanto al objeto ¿?
- ❖ No recoge la referencia a “documentos internos”. Validez probatoria, destinados al tráfico jurídico, ¿Qué hacemos con documentos de trabajo internos, no definitivos?

ARTÍCULO 433 BIS (7)

❖ ANÁLISIS (3)

Es de destacar la inclusión del falseamiento de la información, similar al delito contra el mercado y los consumidores (artículos 282 bis y 284.2 CP), entendiendo que nos referimos a supuestos en los que no es la misma persona la que facilita la información, que se incorpora al documento, y quien emite finalmente el documento, y en la que el legislador castiga a ambos –Art. 28 CP, coautoría o autoría mediata-

ARTÍCULO 433 BIS (8)

❖ ANÁLISIS (3)

- ❖ ¿Se tipifica la conducta efectuar gastos sin crédito por parte de funcionarios encargados de ejecutar partidas presupuestarias? No parece que guarde relación...sólo de forma indirecta se protege la transparencia y se predica una escasa incidencia en materia de estabilidad presupuestaria o gestión del gasto público
- ❖ Ante la falsedad por no incorporar facturas a la contabilidad podríamos entender de aplicación el Art. 390 CP)...y, en todo caso, el 433 bis exige la causación de un perjuicio por lo que esa “ocultación” no llegará a causar ese perjuicio si, efectivamente, existe una contrapartida de bienes o servicios respecto de esa factura no incorporada...

ARTÍCULO 433 BIS & RÉGIMEN SANCIONADOR (1)

- ❖ Se deberá entender que han de coordinarse las intervenciones penales y de derecho administrativo sancionador, teniendo en consideración el principio de subsidiariedad y de intervención mínima del Derecho Penal, y también la prejudicialidad penal –la Administración comunicará a la Fiscalía los hechos y paralizará el procedimiento sancionador-
- ❖ Ya observamos la Ley de Transparencia: que incluye entre las infracciones muy graves en materia de gestión económico-presupuestaria, la incursión en alcance o la malversación en la administración de fondos públicos, o el compromiso de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente o con infracción de la LGP, de Presupuestos o normativa presupuestaria
- ❖ No estamos antes un precepto que sancione los supuestos de despilfarro de recursos o fondos públicos que se nos anunció

ARTÍCULO 433 BIS & RÉGIMEN SANCIONADOR (2)

- ❖ En la actualidad la gestión irregular de los recursos públicos puede ser constitutiva de infracción penal: malversación (artículos 432 y ss CP) y prevaricación (Art. 404 CP). Para ello es necesario atender a la efectiva lesión de los intereses públicos.
- ❖ Del mismo modo, en los supuestos en los que se haya solicitado o recibido dádiva, recompensa o promesa: cohecho (artículos 419 y ss CP)...vinculado con la corrupción...

Quizás el legislador no ha sabido darnos el precepto necesario para sancionar el despilfarro de recursos, fondos y medios públicos, pero también es cierto que lo fundamental es que a todos los que integramos el sector público “se nos de conciencia” o mejor, un cambio de la actual.

*LA CONCIENCIA HACE QUE NOS DESCUBRAMOS,
QUE NOS DENUNCIEMOS O NOS ACUSEMOS A
NOSOTROS MISMOS, Y A FALTA DE TESTIGOS
DECLARA CONTRA NOSOTROS.*

MICHEL EYQUEM DE MONTAIGNE